CHAPITRE 5

DE LA RÉPRESSION DE L'ESPIONNAGE À LA PROTECTION DU SECRET (1791-1960)

À partir de la Révolution française et de l'Empire, la France – comme les autres principaux États – a élaboré et mis en place les moyens juridiques nécessaires pour lutter contre l'espionnage. Ce processus progressif s'est déroulé par étapes et a été jalonné par la discussion et l'adoption de différents textes législatifs. Dans une première période, l'accent fut essentiellement porté sur la définition d'infractions pénales permettant de réprimer les différentes formes d'espionnage, non seulement en temps de guerre, mais également en temps de paix. Mais l'urgence de la situation à la veille de la Seconde guerre mondiale conduisit à mettre en avant la notion de secret de la défense nationale et à faire de la protection du secret le cœur de la lutte contre les activités d'espionnage extérieures. Dès lors, la question de la définition juridique du secret de défense a dominé le débat juridique jusqu'à l'adoption du nouveau code pénal actuel.

L'AFFIRMATION DE LA RÉPRESSION DE L'ESPIONNAGE EN TEMPS DE PAIX (1791-1939)

Jusqu'en 1939, le droit pénal français n'avait pas établi très clairement la notion de *« secret de défense »*. Tout au plus, certains textes anciens s'efforçaient de réprimer des actes d'espionnage commis en temps de guerre au profit de pays étrangers.

Les premières tentatives de répression de l'espionnage

Sous l'ancien régime, de tels acte d'espionnage en temps de guerre relevaient généralement de la catégorie des crimes de lèse-majesté et si l'on peut citer une ordonnance de Charles IX du 16 août 1563 qui réprimait le fait *« de pratiquer, avoir intelligence, envoyer et recevoir lettres écrites en chiffre, ni aucune écriture feinte ni déguisée princes étrangers pour des choses concernantes à l'État »*, il fallut véritablement attendre la Révolution française et l'essor de l'idée nationale pour voir apparaître

les premières infractions pénales réprimant l'espionnage et protégeant, de ce fait, le secret de certaines informations militaires ou diplomatiques.

Si le code pénal du 25 septembre 1791 ne comportait pas d'infractions spécifiques aux seules activités d'espionnage, le code militaire du 19 octobre 1791 prévoyait que :

> *« Tout soldat, sous-officier ou officier, convaincu d'avoir communiqué le secret du poste, ou le mot d'ordre, à quelqu'un qui n'en devait pas avoir connaissance, sera puni de mort. »* (article 11) ;
>
> *« Tout militaire, convaincu d'entretenir une correspondance dans l'armée ennemie, sans la permission par écrit du commandant de la troupe dont il fait partie, sera puni par ledit commandant d'une punition de discipline ; et si la correspondance est une trahison, il sera puni de mort. »* (article 13).

Et deux années plus tard, le décret de la Convention du 16 juin 1793 disposa, pour sa part que :

> *« Tout Français ou tout étranger convaincu d'espionnage dans les places fortes et dans les armées sera puni de mort. Ils seront jugés par une commission militaire, suivant les formes établies pour les émigrés pris les armes à la main. »*

Mais, comme dans beaucoup d'autres domaines, c'est le Code pénal napoléonien de 1810, qui reprit ces premiers textes révolutionnaires (eux-mêmes déjà repris et adaptés, une première fois, par le code des délits et des peines du 21 Brumaire an V) et établit différentes infractions réprimant l'espionnage et la trahison.

L'article le plus important en était certainement l'article 76 qui permettait de punir de mort :

> *« Quiconque aura pratiqué des machinations ou entretenu des intelligences avec les puissances étrangères ou leurs agents, pour les engager à commettre des hostilités ou à entreprendre la guerre contre la France, ou pour leur en procurer les moyens, sera puni de mort. Cette disposition aura lieu dans le cas même où lesdites machinations ou intelligences n'auraient pas été suivies d'hostilité. »*

Plusieurs autres infractions réprimaient, pour leur part, des activités de trahison et d'espionnage commises en temps de guerre et, notamment *« la correspondance avec les sujets d'une puissance ennemie »* en vue de *« fournir aux ennemis des instructions nuisibles à la situation militaire ou politique de la France ou de ses alliés »* (article 78).

Mais seuls trois articles, les articles 80 à 82 étaient explicitement destinés à réprimer des actes commis dès le temps de paix. L'article 80 punissait ce que l'on peut appeler la « trahison diplomatique », c'est-à-dire la livraison des secrets d'une négociation par un diplomate ou un agent public auquel on les aurait confiés. L'article 81 concernait, lui, la livraison d'informations sur les installations militaires, puisqu'il disposait que :

> *« Tout fonctionnaire public, tout agent, tout préposé du Gouvernement, chargé, à raison de ses fonctions, du dépôt des plans de fortifications, arsenaux, ports ou rades, qui aura livré ces plans ou l'un de ces plans à l'ennemi ou aux agents de l'ennemi, sera puni de mort. Il sera puni*

de la détention, s'il a livré ces plans aux agents d'une puissance étrangère neutre ou alliée. » (article 81) ;

et l'article 82 complétait l'article 81 en étendant la répression au delà des militaires et des agents publics visés par l'article 81, à :

« *Toute autre personne qui, étant parvenue, par corruption, fraude ou violence, à soustraire lesdits plans, les aura livrés ou à l'ennemi ou aux agents d'une puissance étrangère, sera punie comme le fonctionnaire ou agent mentionné à l'article précédent, et selon les distinctions qui y sont établies.* » (article 82).

En ne prévoyant que peu d'infractions relatives au temps de paix et en les limitant au cas de livraison à des agents de puissance étrangère (ce qui excluait, par exemple, de réprimer la publication dans la presse de documents secrets ou leur simple communication à des personnes non habilitées), ce premier code pénal n'apportait donc qu'une réponse très insatisfaisante à la question de la répression de l'espionnage et l'on a pu considérer qu'il était, de ce fait, « *pauvre en dispositions concernant notre matière* » [1].

La preuve en fut apportée par la pratique. En effet, dans la plupart des procès d'espionnage intentés en temps de paix sous la III[e] République (notamment les procès Dreyfus et Ullmo), la justice recourut non aux articles 80 à 82 mais à l'article 76 qui avait pourtant pour objet de réprimer les seules intelligences pouvant avoir pour résultat de provoquer des hostilités avec une puissance étrangère. Mais pour permettre d'appliquer cet article dans toute sa rigueur à des actes d'espionnage commis en temps de paix, les tribunaux en firent une application extensive. D'une part, l'indication selon laquelle cet article était applicable « *dans le cas même où lesdites machinations ou intelligences n'auraient pas été suivies d'hostilité* » fut utilisée pour justifier son application en temps de paix [2]. D'autre part, on tira prétexte de la formule « *pour leur en procurer les moyens* » pour considérer que la livraison d'informations secrètes pouvait être un moyen de faciliter l'engagement d'hostilités contre la France par une puissance étrangère [3].

En étendant quelque peu abusivement à la répression de l'espionnage en temps de paix l'application d'une disposition criminelle pourtant plutôt destinée à punir les actes de trahison commis en temps de guerre ou préparatoires à celle-ci [4], les tribunaux firent ainsi la preuve que le code

---

[1] F. Hirt, *Du délit d'espionnage - étude de droit français et de législation comparée*, Librairie du recueil Sirey, 1937, p. 76.

[2] Malgré tout, un spécialiste réputé des questions juridiques de défense pourra écrire que « *le Code pénal de 1810 ne réprimait guère, sous le titre de crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, que la trahison commise par des Français et presque exclusivement en temps de guerre* » (Pierre Coutant, « La législation sur le Secret en matière de Défense nationale », *Revue Administrative*, 1949, p. 255).

[3] La question posée au Conseil de guerre de Rennes, qui rejugea Dreyfus en 1899 était, par exemple ainsi formulée : « *Dreyfus est coupable d'avoir, en 1894, pratiqué des machinations ou entretenu des intelligences avec une puissance étrangère, ou un de ses agents, pour l'engager à commettre des hostilités, ou entreprendre la guerre contre la France, ou pour lui en procurer les moyens en lui livrant des notes et documents mentionnés dans le bordereau sus-énoncé ?* ».

[4] Le rapporteur devant la Chambre des députés du projet de loi de 1886 n'hésitera pas à considérer, parlant notamment des articles 75 à 79 du code pénal, qu'il « *faut l'état de guerre pour que ces lois puissent être utilisées* » (rapport de M. Gadaud, cité in R. Mennevée, *L'espionnage international en temps de paix*, Tome II. Paris, chez l'auteur, 1929, p. 35).

pénal de 1810 – ni même le code de justice militaire – ne comportait pas réellement de dispositions appropriées. En tant que tel, le simple espionnage de temps de paix demeurait impunissable [5].

Dans la seconde moitié du XIX[e] siècle, la montée des antagonismes en Europe poussa la plupart des États à s'inquiéter non plus seulement de l'espionnage militaire en temps de guerre mais à réprimer explicitement l'espionnage en temps de paix : ce fut le cas de l'Autriche (Code criminel de 1852), de l'Allemagne (Code pénal de 1870, art. 92 et loi du 3 juillet 1893), de la Suisse (Code pénal fédéral de 1853, art. 37 et 38) ou encore de la Hollande (Code de 1881). Mais, en France, cette prise de conscience progressive ne conduisit pas à remettre en cause le contenu du code pénal napoléonien, mais simplement à adopter des lois spéciales destinées à venir le compléter.

La loi du 18 avril 1886 et ses tentatives de modification

Les suites de la guerre de 1870 et l'ambiance d'espionnite qui régnait en France dans les premières années de la III[e] République firent apparaître le besoin d'une loi spéciale venant combler les lacunes de la législation pénale face à l'espionnage international et consacrant, pour la première fois, l'existence juridique d'un *« secret par nature »*, c'est-à-dire d'informations qui sont secrètes du seul fait de leur contenu. M. Gadaud, rapporteur du projet de loi en 1886 devant la Chambre des députés, expliquait ainsi :

> *« La loi est muette sur les cas de communication aux particuliers et au public de documents ou renseignements dont la nature même commande le secret le plus absolu. Elle est muette, même quand cette communication serait faite par voie de la presse, même quand ces documents ou renseignements seraient livrés par un fonctionnaire qui, à raison de ses fonctions, en serait le gardien ou le confident. Elle est muette à plus forte raison sur les indiscrétions, sur les négligences, insignifiantes en apparence, mais qui peuvent entraîner à un moment donné des conséquences terribles pour le pays. »* [6]

Le 18 avril 1886 fut adoptée une loi qui créait de nouvelles infractions pénales et établissait une protection des *« plans, écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'État »* :

> *« Art. 1[er] : Sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 5.000 francs :*
>
> *1[o] Tout fonctionnaire public, agent ou préposé du Gouvernement qui aura livré ou communiqué à une personne non qualifiée pour en prendre connaissance ou qui aura divulgué en tout ou en partie les plans, écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'État qui lui étaient confiés ou dont il avait connaissance à raison de ses fonctions. La révocation s'ensuivra de plein droit ;*

---

[5] Cf. notamment Alain Noyer, *La sûreté de l'État (1789-1965)*, LGDJ, 1966, p. 55.

[6] Cité par le lieutenant A. Froment, *L'espionnage militaire – Les fonds secrets de la guerre et le service des renseignements en France et à l'étranger*, Editions F. Juven, Paris, 1897, p. 221.

2° Tout individu qui aura livré ou communiqué à une personne non qualifiée pour en prendre connaissance ou qui aura divulgué en tout ou en partie les plans, écrits ou documents ci-dessus énoncés qui lui ont été confiés ou dont il aura eu connaissance soit officiellement, soit à raison de son état, de sa profession, ou d'une mission dont il aura été chargé ;

3° Toute personne qui, se trouvant dans l'un des cas prévus dans les deux paragraphes précédents, aura communiqué ou divulgué des renseignements tirés desdits plans écrits ou documents.

Art. 2 : Toute personne, autre que celles énoncées dans l'article précédent, qui, s'étant procuré lesdits plans, écrits ou documents, les aura livrés ou communiqués en tout ou en partie à d'autres personnes, ou qui, en ayant eu connaissance, aura communiqué ou divulgué des renseignements qui y étaient contenus, sera punie d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 500 à 3.000 francs. La publication ou la reproduction de ces plans, écrits ou documents, sera punie de la même peine.

Art. 3 : La peine d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 300 à 3.000 francs sera appliquée à toute personne qui, sans qualité pour en prendre connaissance, se sera procuré lesdits plans, écrits ou documents.

Art. 4 : Celui qui, par négligence ou par inobservation des règlements, aura laissé soustraire, enlever ou détruire les plans, écrits ou documents secrets qui lui étaient confiés, à raison de ses fonctions, de son état ou de sa profession, ou d'une mission dont il était chargé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 100 à 2.000 francs. »

Les articles 5 à 7 réprimaient, quant à eux, différents actes dirigés contre la sécurité des sites ou navires militaires (pénétration clandestine, relevé de plans, ...).

Malgré les progrès qu'il comportait, ce texte parut rapidement insuffisant, notamment du fait qu'il ne permettait pas de différencier clairement les actes de trahison de ceux d'espionnage et qu'il était insuffisamment sévère [7]. La loi de 1886 ne prévoyait que des peines correctionnelles assez légères (avec un maximum de cinq années d'emprisonnement), alors que – parallèlement – le crime de trahison incriminé à l'article 76 du code pénal étant considéré comme un crime politique (depuis la loi du 8 octobre 1830 [8]), la jurisprudence considérait que la peine de mort avait cessé de lui être applicable (en vertu de l'article 5 de la Constitution de 1848 et de la loi du 8 juin 1850) et était remplacé par la déportation perpétuelle (peine qui fut, effectivement, appliquée au capitaine Dreyfus).

---

[7] Cf. notamment l'une des premières thèses universitaires soutenues sur le sujet, Pierre Cavadia, *L'espionnage et la trahison*, Jouve et Cie, 1926, p. 14. On retrouve l'énoncé des mêmes critiques dans la thèse de 1937 de F. Hirt, *op. cit.*, p. 80.

[8] Cette interprétation de la loi du 8 octobre 1830 – et la conséquence qu'en tirait la jurisprudence, à savoir l'impossibilité de prononcer la peine de mort sur le fondement de l'article 76 du code pénal – fut discutée et contestée par certains députés (en particulier Millerand) lors des débats de décembre 1894 (cf. infra) (Chambre, Séance du 24 décembre 1984, reproduit in R. Mennevée, *op. cit.*, pp. 73-82).

C'est pourquoi, dès l'adoption de la loi de 1886, les tentatives de modification furent nombreuses. On peut citer notamment, un premier projet de loi présenté par le Gouvernement en 1888 (qui proposait d'aggraver les peines correctionnelles pour les militaires ou des agents publics, de modifier la rédaction de certains termes définissant les infractions réprimées et de créer un délit de provocation) puis deux propositions de 1890 émanant de parlementaires (l'un proposant de punir de mort l'acte d'espionnage commis en temps de paix par un militaire ou un agent public et renforçant les peines correctionnelles pour les autres catégories de Français ou d'étrangers ; l'autre proposant, purement et simplement, de punir de mort toute personne se livrant à l'espionnage contre la France). Un nouveau projet de loi gouvernemental fut déposé en 1891 (proposant une gradation des peines en fonction des actes commis et la peine de mort pour tout militaire ou agent public ayant entretenu des intelligences avec des espions ainsi que pour celui qui pénétrerait dans un site militaire pour y soustraire des renseignements) qui fut lui-même repris dans une proposition parlementaire de 1894 [9].

Mais les lenteurs des procédures parlementaires et différentes circonstances politiques n'ayant permis à aucun de ces projets d'aboutir, le déclenchement de l'affaire Dreyfus en octobre 1894 en provoqua une nouvelle vague. Dès le 24 décembre 1894, une proposition sénatoriale prévoyait ainsi, la suppression du caractère politique des *« crimes et délits contre la défense nationale, commis soit en temps de guerre, soit en temps de paix »* [10], tandis que, le même jour, le général Mercier, ministre de la Guerre présentait au nom du Gouvernement à la Chambre un nouveau projet de loi relevant les peines prévues par la loi de 1886 et rétablissant la peine de mort pour le cas de trahison d'un militaire ou agent public [11]. Sur ce projet, plusieurs rapports parlementaires furent déposés en avril et juin 1895. Parmi ceux-ci, il faut relever plus particulièrement le rapport – au nom de la commission de l'armée – du député Marc Sauzet le 26 juin 1895 qui proposait une refonte complète des articles 75 à 83 du code pénal et de distinguer clairement la qualification de trahison, qui serait réservée aux actes commis par des Français, de celle d'espionnage s'attachant aux mêmes actes commis par des étrangers [12]. Bien que le projet de loi ainsi refondu puis voté par la Chambre n'ait pas été ensuite adopté par le Sénat, le nouveau critère proposé par le rapport Sauzet pour distinguer espionnage et trahison devait progressivement convaincre la majorité de la doctrine [13] et inspirer plus tard la réforme de 1938-1939 (cf. infra), et, par là, tout notre droit contemporain du contre-espionnage.

---

[9] Les textes des différents projets sont reproduits in R. Mennevée, *op. cit.*, pp. 41-60; pour leur analyse, cf. également, F. Hirt, *op. cit.*, pp. 82-84.

[10] Proposition de M. Morellet, sénateur, déposée le 24 décembre 1894, reproduite in R. Mennevée, *op. cit.*, p. 63.

[11] Cf. R. Mennevée, *op. cit.*, pp. 66-68.

[12] Cf. R. Mennevée, *op. cit.*, pp. 93-109; F. Hirt, *op. cit.*, pp. 86-87.

[13] D'autres critères furent également proposés (cf. F. Hirt, *op. cit.*, pp. 97-124). Par exemple de dénommer trahison la livraison ou la communication des renseignements alors que l'espionnage ne qualifierait que les actes de recherche préparatoire à la trahison (proposition du sénateur Morellet, 11 juillet 1896), ou encore – comme le fit la jurisprudence par l'arrêt de cassation du 7 mai 1935 dans l'affaire Frogé – de distinguer suivant le mobile (la trahison nécessitant une intention particulière de nuire à la sécurité de l'État, alors que relèveraient de l'espionnage les actes commis pour d'autres mobiles).

Les retournements de l'affaire Dreyfus ayant finalement perturbé les esprits et découragé les parlementaires de se lancer dans une réforme trop profonde des lois sur l'espionnage, les débats parlementaires sur les projets de 1894-1895 continuèrent jusqu'en 1898 sans déboucher et il fallut attendre en 1908 l'affaire Ullmo (officier de marine ayant essayé de vendre des renseignements militaires à l'Allemagne) puis, en 1911, le procès Rouët-Maimon-Pallier (livraison de documents diplomatiques par un élève diplomate) [14] pour relancer le débat sur la nécessité de réformer la loi de 1886 et le code pénal. Un projet de loi du cabinet Caillaux fut alors présenté le 12 juillet 1911. Estimant que le défaut de la plupart des projets antérieurs *« était de reposer sur une confusion entre l'espionnage et la trahison »* [15], le rapport de présentation de ce projet se ralliait à la distinction fondée sur le critère de la nationalité proposée par Sauzet en 1895 mais pour autant le texte du projet n'en tirait pas toutes les conséquences : s'il ne modifiait en rien les dispositions de l'article 76 du code pénal qui continuait d'être considéré comme l'instrument de répression de la trahison (crime commis par un Français au profit de l'étranger), le projet de 1911 se contentait de modifier la loi de 1886 et continuait à classer parmi les délits d'espionnage tant des actes commis par des étrangers que des actes de négligence ou d'indiscrétion commis par un Français *« en dehors de toute idée de trahison »*. Tout au plus certaines innovations introduites dans les propositions antérieures y étaient reprises (comme, par exemple, le doublement de la peine lorsque le délit est commis par un fonctionnaire ou un militaire, ou encore la création du délit de provocation).

La discussion parlementaire sur ce projet dura jusqu'à l'entrée en guerre, qui interrompit à nouveau le processus de réforme, puisque le régime de l'état de siège permettait désormais de réprimer efficacement les actes d'espionnage commis pendant la durée de la guerre. Les vélléités de réforme ne se manifestèrent à nouveau qu'au lendemain de l'armistice de 1918, avec l'adoption le 14 novembre 1918 d'un projet de loi présenté au mois de février précédent par le Gouvernement Clemenceau et visant uniquement à prévoir la confiscation des sommes reçues par toute personne coupable tant d'un délit d'espionnage puni par la loi de 1886 que du crime de trahison puni le code pénal [16].

Mais le débat de fond sur le dispositif pénal réprimant l'espionnage en temps de paix restait entier et dans les premières années de l'entre-deux-guerres un nouveau projet de loi de 1922, reprenant pour partie les projets antérieurs, relança les débats parlementaires en vue de la refonte de la loi de 1886. Ces nouveaux débats, entrecoupés de changements de législatures et de crises ministérielles, n'aboutirent qu'en 1934 au vote définitif d'une loi du 26 janvier 1934.

---

[14] TC Paris, 2 juin 1911 et CA de Paris, 13 juillet 1911, reproduits *in* Mennevée, *op. cit.*, pp. 469 et s..

[15] Exposé des motifs du projet de loi contre l'espionnage et la divulgation d'objets, de documents et renseignements intéressant la sûreté extérieure de l'État, déposé sur le bureau de la Chambre des députés lors de la 2e séance du 12 juillet 1911, reproduit in R. Mennevée, *op. cit.*, p. 288.

[16] Loi tendant à assurer plus complètement la répression des crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État du 14 novembre 1918, *JORF*, 16 novembre 1918, p. 9914.

La loi du 26 janvier 1934 et ses suites

La loi adoptée le 26 janvier 1934 [17], quelque laborieuse qu'en ait été son élaboration, fut saluée par les commentateurs de l'époque comme *« un grand progrès »* [18]. Pourtant, ses innovations – par rapport à la loi du 18 avril 1886 qu'elle remplaçait – restaient limitées.

La principale faiblesse de cette loi de 1934 concernait les peines qui demeuraient presque identiques à celles prévues par la loi de 1886, à savoir un maximum de cinq années d'emprisonnement. De même, aucune précision n'était apportée par le nouveau texte s'agissant de la distinction entre espionnage et trahison. On en restait à la situation antérieure dans laquelle la trahison était le crime puni par le code pénal et l'espionnage le délit réprimé par la loi spéciale, sans que l'on sache toujours bien si le choix de l'une ou l'autre des qualifications résultait de la seule nationalité du prévenu ou également de la nature de ses actes ou de leurs mobiles.

En revanche, la loi du 26 janvier 1934 comportait deux types de nouveautés :

– conformément aux propositions déjà formulées, cette loi créait plusieurs infractions nouvelles, complétant les incriminations antérieures. Ainsi, la provocation devint un délit propre (article 9) devant permettre de condamner des personnes en ayant incité d'autres – même sans succès – à commettre des actes d'espionnage ; fut également réprimé, la divulgation de renseignements *« relatives aux enquêtes ou informations en cours »* en matière de contre-espionnage (article 12) ; de même, le simple emploi dans un but d'espionnage d'un *« moyen quelconque de correspondance ou de transmission à distance »* devint aussi punissable (article 5.2°, dernier alinéa) ; enfin, le simple fait de laisser par négligence *« prendre connaissance ou copie ou reproduction »* d'un document secret fut réprimé (article 4), alors que précédemment étaient seuls répréhensibles les actes de *« soustraire, enlever ou détruire »* par négligence ;

– la loi de 1934 élargissait le domaine de la lutte contre l'espionnage en complétant la liste des informations secrètes dont la livraison était susceptible de constituer un délit. Là où la loi de 1886 se contentait de mentionner les seuls *« plans, écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'État »*, la loi du 26 janvier 1934 précisa que ces éléments secrets pourraient, d'une part, être *« d'ordre militaire, diplomatique ou économique »* et, d'autre part, pourraient intéresser – outre la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'État – *« la mobilisation économique du territoire français »*. Ainsi, se trouvait consacrée la protection des secrets diplomatiques (que la jurisprudence avait déjà anticipée par l'arrêt rendu en 1911 dans l'affaire Rouët-Maimon-Pallier) tandis que pour la première fois, la dimension économique de la défense (et donc de l'espionnage) était prise en compte. Par là, la loi du 26 janvier 1934 préfigurait déjà la future loi de 1938 sur l'organisation de la nation en guerre et les futures définitions du secret de la défense nationale.

---

[17] Loi du 26 janvier 1934 tendant à réprimer les délits d'espionnage et les agissements délictueux compromettant la sûreté extérieure de l'État, *JORF*, 30 janvier 1934, p. 915.

[18] F. Hirt, *op. cit.*, p. 93.

Mais tant chez les spécialistes des services de contre-espionnage (confrontés à l'agressivité croissante de l'espionnage allemand [19]) que chez les juristes [20], l'insatisfaction demeura face à ce nouveau texte qui ne remettait pas à plat le dispositif législatif ancien et se contentait d'en combler les lacunes les plus importantes.

Dans ces conditions, la nouvelle loi de 1934 fut, elle aussi, sujette à de rapides modifications. Mais comme le contexte international s'était obscurci et que les gouvernements successifs avaient obtenu du Parlement la possibilité d'agir par décret-loi dans différents domaines intéressant la défense nationale, les modifications rentrèrent, cette fois-ci, rapidement en vigueur.

Un premier décret-loi du 30 octobre 1935 [21] abrogea et remplaça l'article 17 de la loi de 1934, afin que les délits commis intentionnellement dans un but d'espionnage soient jugés par les tribunaux militaires et que ceux-ci puissent prononcer une peine de détention [22]. Mais surtout un second décret-loi du 17 juin 1938 (pris en vertu des pouvoirs spéciaux conférés au gouvernement par la loi du 13 avril 1938) [23] vint modifier plusieurs aspects essentiels de la législation antérieure.

Ce décret-loi de 1938 supprima tout caractère politique aux infractions d'espionnage. Il établit ensuite définitivement le critère de nationalité pour distinguer l'acte d'espionnage (commis par un étranger à l'encontre de la France) de celui de trahison (commis par un Français à l'encontre de son propre pays). Enfin, il rétablit la peine de mort comme sanction en temps des crimes d'espionnage ou de trahison en temps de paix.

Arrivé ainsi à la veille de la seconde guerre et alors que, parallèlement l'organisation des services de contre-espionnage se perfectionnait (cf. supra – I^re partie), il ne restait plus au législateur qu'à faire la synthèse de cette évolution législative mouvementée et à remédier enfin à la dispersion dont souffrait la matière depuis près d'un siècle (du fait de la coexistence du code pénal et de lois spéciales), en refondant dans un texte unique les dispositions relatives à l'espionnage et à la trahison [24]. Ce fut l'objet

---

[19] Le commandant Paillole, arrivant en 1935 à la section de contre-espionnage du service de renseignements militaire (cf. supra, chapitre 1er), se souvient de l'appréciation que les officiers de ce service faisaient des textes alors en vigueur : *« Des textes vagues et confus définissent mal les règles d'un secret auquel personne ne croit plus, tant les indiscrétions de tous ordres sont innombrables. (...) Vendre son pays pour cinq ans de prison, tout au plus, ne peut être que le prix de la malchance ... ou de la maladresse. Je mesure l'étrange et coupable faiblesse de nos moyens. »* (Paul Paillole, *Services spéciaux - 1935-1945*, Robert Laffont, 1975, p. 32).

[20] La thèse de F. Hirt en 1937 fit la synthèse des critiques adressées à la loi de 1934 (notamment renforcement insuffisant des peines, absence de distinction entre espionnage et trahison, absence de remise en cause du caractère politique des délits et crimes concernés) qu'il considérait comme étant *« restée dans les anciens errements et* (ayant) *laissé subsister les vieux principes désuets »* (F. Hirt, *op. cit.*, p. 253).

[21] *JORF*, 31 octobre 1935, p. 11510.

[22] *« Lorsqu'une des infractions visées par la présente loi aura été commise dans un but d'espionnage, cette infraction sera déférée aux tribunaux militaires ou maritimes et punie de la détention. »*

[23] *DP* 1938.4.324. La légalité de ce décret-loi par rapport aux dispositions de la loi du 13 avril 1938 fut confirmée par deux arrêts de la Cour de cassation de 1939 : Cass. Crim. 22 février 1939 (1er et 2e arrêts), *Gaz. Pal.*, 1939.1.614.

[24] *« Il serait souhaitable pour éviter toute dispersion, qui nuit toujours à la précision d'une législation, de voir les dispositions concernant l'espionnage et la trahison réunies dans une même loi. »* (F. Hirt, *op. cit.*, p. 253).

du décret-loi du 29 juillet 1939 qui intégra, pour la première fois dans le code pénal l'ensemble des dispositions pénales relatives à la lutte contre l'espionnage et la trahison. Mais ce nouveau texte eu aussi le mérite d'instituer un nouveau concept juridique destiné à faciliter la lutte contre l'espionnage et la protection des intérêts de l'État : le secret de la défense nationale.

L'AFFIRMATION DU SECRET DE DÉFENSE ET LES DIFFICULTÉS DE SA DÉFINITION (1939-1960)

Le code pénal, tel qu'il fut modifié par le décret-loi du 29 juillet 1939 (texte dont on a pu dire que *« clarté et sévérité le caractérisent »* [25]), a incriminé par les articles 75 à 85 trois catégories d'actes liées directement ou indirectement à l'espionnage, tout en donnant pour la première fois une définition du secret de défense.

Les infractions réprimées par le décret-loi du 29 juillet 1939

La première incrimination était celle du crime de trahison qui était puni de mort et caractérisé par le fait, pour un Français, de se livrer à l'un ou l'autre des actes suivants :

– certains actes visant à favoriser militairement une puissance étrangère : port des armes contre la France, intelligence en vue de provoquer des hostilités ou de favoriser des entreprises contre la France, livraison de troupes, de sites ou de matériels, provocation de militaires à passer au service de l'ennemi en tant de guerre (article 75) ;

– la destruction ou la détérioration volontaire d'équipements *« susceptibles d'être employés pour la défense nationale »* (article 76.2°) ;

– la livraison à une puissance étrangère (ou s'en assurer en vue de cette livraison) d'un *« secret de la défense nationale »* (article 76.1°).

La seconde incrimination prévue par le décret-loi de 1939 était le crime d'espionnage qui était également puni de mort et défini par l'article 77 comme le fait, pour un étranger, de se livrer à l'un ou l'autre des actes visés par l'article 76 et par l'article 75 (à l'exception du port des armes contre la France), ou de provoquer autrui à commettre de tels actes.

Enfin, différents actes constituaient l'atteinte à la sûreté extérieure de l'État, considérée en temps de paix comme un délit [26] et, en temps de guerre, comme un crime [27] :

– différents autres actes visant à favoriser militairement une puissance étrangère : exposer la France à une déclaration de guerre ou à des

---

[25] A. Noyer, *op. cit.*, p. 57.

[26] Le délit d'atteinte à la sûreté extérieure de l'Etat était puni d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans et d'une amende maximale de 10.000 F, sauf pour les infractions visées à l'article 79.1° (exposer la France à une déclaration de guerre), 80.1° (atteinte à l'intégrité du territoire) et 81.1° (s'assurer, sans intention d'espionnage, un secret de défense) qui pouvaient être punies d'une peine maximale de dix ans et d'une amende maximale de 20.000 F (article 83, 2e et 3e alinéas).

[27] Le crime d'atteinte à la sûreté extérieure de l'Etat était punissable, en temps de guerre, des travaux forcés (article 83, 1er alinéa).

représailles, entretenir sans autorisation une correspondance avec l'ennemi ou commercer avec lui en temps de guerre (article 79), porter atteinte à l'intégrité du territoire français, entretenir des intelligences nuisibles à la situation militaire ou diplomatique de la France (article 80);

– s'assurer d'un secret de la défense nationale *« dans un but autre que celui de le livrer à une puissance étrangère ou à ses agents »* (article 81.1°);

– laisser détruire, soustraire ou endommager, ou laisser prendre connaissance, par négligence des objets ou documents permettant de découvrir un secret de la défense nationale (article 81.2°);

– communiquer sans autorisation *« à une personne agissant pour le compte d'une puissance ou d'une entreprise étrangère »*, une invention intéressant la défense nationale ou des renseignements s'y rapportant (article 81.3°).

En ce qui concernait la répression des actes d'espionnage, ce nouveau dispositif législatif reposait donc essentiellement sur la définition précise d'un nouveau concept juridique : le secret de la défense nationale.

La définition du secret de défense

Pour les responsables du contre-espionnage français, la priorité législative en matière de répression de l'espionnage devait, en effet, être donnée à la définition claire du secret de défense :

> *« Protéger et surveiller ce qui peut présenter de l'intérêt pour l'Abwehr et les services nazis doit être l'aspect préventif et prioritaire de notre mission défensive – cela implique la définition préalable de ce qui doit être considéré comme " secret de défense nationale " (...). Au cours des procès d'espionnage dans lesquels nous sommes intervenus pour définir la valeur de renseignements divulgués, j'ai pu constater combien cette notion du secret de défense nationale demeure controversée. Aucune loi, aucun texte ne la précise. »* [28]

Cette institutionnalisation du secret de la défense nationale fut réalisée par le décret-loi du 29 juillet 1939. Pour la première fois, la loi ne se contentait plus d'évoquer allusivement les *« écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'État »* (formulation de la loi de 1886) ou les *« documents ou renseignements secrets d'ordre militaire, diplomatique ou économique, intéressant la défense... »* (formulation de la loi de 1934), mais prenait comme critère matériel des infractions les plus importantes l'existence d'un *« secret de la défense nationale »* (terme utilisé – comme nous l'avons vu – aux articles 76.1° CP et 81.1° et – indirectement – à l'article 77) dont la définition était détaillée à l'article 78 du même code pénal.

Cet article 78 donnait, en effet, une définition des secrets de la défense nationale, directement inspirée de la pratique des services de contre-espionnage de l'époque et conforme à la notion de défense nationale qui avait été consacrée par la loi de 1938 [29] :

---

[28] P. Paillole, *op. cit.*, p. 70.

[29] Paul Paillole estime que cette définition codifiait *« la notion de secret de défense nationale dans les termes mêmes où, depuis 1938, nous nous efforçons d'instruire nos officiers de contre-*

« Seront reputés secrets de la défense nationale pour l'application du présent Code :

1° Les renseignements d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel qui, par leur nature, ne doivent être connus que des personnels qualifiés pour les détenir et doivent, dans l'intérêt de la défense nationale, être tenus secrets à l'égard de toute autre personne ;

2° Les objets, matériels, écrits, dessins, plans, cartes, levés, photographies ou autres reproductions, et tout autres documents quelconques qui, par leur nature, ne doivent être connus que des personnes qualifiées pour les manier ou les détenir et doivent être tenus secrets à l'égard de tout autre personne comme pouvant conduire à la découverte de renseignements appartenant à l'une des catégories visées à l'alinéa précédent.

3° Les informations militaires de toute nature non rendues publiques par le Gouvernement et non comprises dans les énumérations ci-dessus dont la publication, la diffusion, la divulgation ou la reproduction, aura été interdite par une loi ou par un décret, en conseil des ministres.

4° Les renseignements relatifs soit aux mesures prises pour découvrir et arrêter les auteurs et les complices de crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État, soit à la marche des poursuites et de l'instruction, soit aux débats devant la juridiction de jugement. »

Cet article énumérait ainsi quatre catégories d'éléments considérés comme des secrets de défense. La première catégorie décrivait par référence à leur contenu les informations secrètes et visait les *« renseignements d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel »*, s'inscrivant ainsi dans la suite logique de la loi de 1934 (puisque la dimension économique était toujours présente) tout en l'amplifiant quelque peu par l'ajout de l'adjectif *« industriel »*. D'autre part, il n'était plus question de distinguer comme précédemment la *« défense du territoire »*, sa *« mobilisation économique »* ou la *« sûreté extérieure de l'État »*, mais simplement de se référer au concept générique de *« défense nationale »*.

La seconde catégorie décrivait, pour sa part, les différents supports susceptibles de contenir les informations secrètes (*« objets, matériels, écrits, dessins, plans, cartes, levés, photographies ou autres reproductions, et tout autres documents »*) et dont la connaissance pourrait donc *« conduire à la découverte de renseignements appartenant à l'une des catégories visées à l'alinéa précédent. »*

La troisième catégorie de secrets, qui était sans équivalent dans les lois antérieures, reprenait des dispositions récemment adoptées par le gouvernement sous couvert des pouvoirs exceptionnels que lui avait octroyés la loi du 19 mars 1939. Par un décret du 20 mars 1939[30], le gouvernement avait, en effet, interdit la divulgation des *« informations de toute nature, non rendues publiques par le gouvernement »* et punissait cette divulgation des mêmes peines que celles prévues par la loi de 1934 à l'encontre de ceux divulgant des renseignements sur les enquêtes de

---

espionnage » et qui donnaient *« à la défense nationale sa plus grande dimension »* (P. Paillole, *op. cit.*, p. 105).

[30] Décret relatif aux informations militaires du 20 mars 1939, *JORF*, 21 mars 1939, p. 3670.

contre-espionnage en cours [31]. Pour donner à ce décret de mars 1939 un fondement et une protection pénale appropriée dans le cadre du code pénal modifié, l'article 78.3° accorda le statut de secret de la défense nationale à toutes *« informations militaires de toute nature non rendues publiques par le Gouvernement »* dès lors que leur publication aurait été interdite par un texte législatif ou réglementaire (catégorie à laquelle appartenait, rétroactivement, le décret du 20 mars 1939).

Enfin, la quatrième catégorie reprenait les dispositions antérieures de l'article 12 de la loi de 1934 en considérant comme secret de la défense nationale tous les renseignements relatifs aux enquêtes et aux procès en matière de contre-espionnage, et plus généralement d'atteintes à la sécurité extérieure de l'État.

En adoptant une définition précise et cohérente des informations secrètes, alors que les textes antérieurs prévoyaient pour la violation de chaque catégorie de secrets une infraction spécifique, ce nouveau texte assurait ainsi une protection pénale uniforme à tous les secrets de défense, quelle que soit leur nature.

De plus, ce décret-loi de 1939 s'efforçait de définir matériellement (c'est-à-dire en fonction de leur contenu) et exhaustivement (c'est-à-dire en fixant une liste limitative et la plus précise possible) les secrets de la défense nationale. Cet effort apparent de précision visait à la fois à mieux appréhender la réalité de l'espionnage (très actif en cette période d'immédiate avant-guerre) et à respecter au maximum le principe traditionnel de la légalité des peines.

Si la création d'un concept juridique unique englobant toutes les catégories d'informations secrètes fonde, encore aujourd'hui, notre législation de contre-espionnage et de protection du secret, il faut reconnaître en revanche que, dès après la fin de la Seconde guerre mondiale, la tentative de définition matérielle du secret de défense par le décret-loi de 1939 fut sérieusement contestée.

La critique de la définition de 1939

À l'usage, on s'aperçut, en effet, que cette définition matérielle du secret de défense, n'en était pas une. On a pu ainsi parler à l'égard de l'article 78 de 1939 d'une *« fausse définition puisqu'il se bornait à citer les "objets, matériels, écrits, dessins, etc. qui par leur nature (article 78.2° alinéa) doivent être tenus secrets" sans préciser justement cette nature »* [32].

Un colloque organisé à l'Université de Strasbourg en juin 1955 compara la législation française de 1939 avec les textes d'autres pays européens et contribua à la remise en cause de cette tentative de définition

---

[31] Par un décret du 15 mai 1939, le gouvernement étendit cette interdiction aux *« renseignements d'ordre économique dont la divulgation pourrait être nuisible à la défense du pays, notamment en ce qui concerne la mobilisation industrielle »* (*JORF*, 22-23 mai 1939, p. 6502) mais ce texte ne prévoyait pas de sanction et ne fut donc pas repris dans le code pénal. Il ne donna lieu qu'à une instruction secrète décrivant les mesures préventives à prendre (Conseil supérieur de la Défense nationale, *Instruction interministérielle pour l'application du décret du 15 mai 1939 relatif à la protection contre les tentatives d'espionnage économique*, 14 septembre 1939).

[32] Chef d'escadron Bicail, « La notion du secret de Défense nationale en droit français », *Revue d'Études et d'informations de la Gendarmerie Nationale*, juillet 1983, p. 4.

matérielle du secret. Le rapporteur affirmait que *« le Code pénal n'a pas réussi à donner une définition nette du secret, qui permette de connaître en toute occasion l'étendue exacte de ses droits et de ses devoirs »* et, plus loin, se demandait *« si le problème comporte vraiment une solution législative et si, comme l'affirme le rapport belge, la notion de secret n'est pas elle-même trop vague pour être définie autrement que de façon concrète »* [33]. Et le Professeur Vitu reconnaissait dans son rapport que :

> *« La surprise des journées d'études aura été de révéler aux participants français une autre manière d'envisager le problème. Peut-être nos hôtes étrangers ont-ils été, de leur côté, étonnés de nous voir fonder tant d'espérances sur une définition légale. Beaucoup de pays d'Europe ne cherchent plus une bonne formule générale, qu'ils croient impossible de trouver, tant est variable et multiforme le secret. »* [34]

À cette réflexion de fond sur l'échec intrinsèque de la tentative de définition matérielle du secret de défense par l'article 78, s'ajouta la constatation pratique de l'insuffisance de cette définition pour couvrir efficacement tous les actes pouvant porter atteinte à la confidentialité des secrets de défense. Certains n'hésitent pas à pousser la critique assez loin sur ce sujet, comme le chef du Contrôle général des Armées en 1985 :

> *« Liés par un texte précis, les juges ne purent poursuivre comme il l'aurait fallu certains agissements coupables, parce qu'ils n'entraient pas dans le champ d'application de cette définition du secret. Paradoxalement le progrès qu'avaient voulu les rédacteurs du décret-loi de 1939 a finalement abouti à une régression par rapport à l'état juridique antérieur. »* [35]

Sans aller aussi loin dans la remise en cause, les journées de Strasbourg soulignèrent également que la réforme de 1939 ne prenait pas en compte la menace de l'*« espionnage ouvert »*, qui :

> *« consiste à rassembler, avec l'intention de les livrer à une puissance étrangère, des renseignements qui, pris individuellement, n'ont pas de caractère secret, mais dont la réunion entre les mains d'un ennemi, peut nuire à la sûreté de l'État. L'article 78 n'inclut pas précisément de tels secrets, qui peuvent être dangereux pour la défense nationale. Il serait peut-être utile que la législation française prévoie une définition de l'espionnage ouvert. »* [36]

De même, le Professeur Pinto remarquait, à la même époque, que le décret-loi de 1939 protégeait essentiellement le secret des renseignements détenus par des *« personnes qualifiées »* (c'est-à-dire des agents publics, pour l'essentiel) et non ceux qui pouvaient se trouver entre les mains de personnes privées ou d'un fonctionnaire hors de son service :

---

[33] Jacques Leauté (publié par), *Secret militaire et liberté de la presse - étude de droit pénal comparé*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et pénitentiaires de Strasbourg, Presses Universitaires de France, 1957, pp. 1 et 12.

[34] *Ibid.*, p. 3.

[35] Intervention de François Cailleteau à l'Institut de Criminologie cité par Pierre Péan, *Secret d'État - La France du secret, les secrets de la France*, Fayard, 1986, p. 16. Sous le régime antérieur de la loi de 1934, la jurisprudence avait reconnu que les qualificatifs relatifs à la nature militaire, diplomatique ou économique des renseignements secrets n'avait qu'un caractère énonciatif et non limitatif (Cass. Crim., 2 février 1938, *Gaz. Pal.*, 139.1.614).

[36] J. Léauté, *op. cit.*, pp. 25 et 26.

« Un diplomate découvre, à ses moments perdus, une nouvelle formule d'explosif. Un professeur de sciences invente un procédé industriel, susceptible d'applications militaires. Un journaliste rapporte d'une enquête des renseignements diplomatiques et économiques de haute importance pour la défense nationale. Ces personnes ne sont pas légalement tenues au secret. » [37]

Prenant en compte l'ensemble de ces critiques, l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 – prise en application de la loi d'habilitation du 4 février 1960 autorisant le Gouvernement à prendre *« certaines mesures ayant trait au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'État, à la pacification et à l'administration de l'Algérie »* – réforma complètement les articles du Code pénal relatif aux crimes et délits contre la sûreté de l'État [38]. Ce fut l'occasion d'abandonner toute définition matérielle du secret de défense.

LA RÉFORME DE 1960 RENONCE À DÉFINIR LE SECRET POUR MIEUX RÉPRIMER L'ESPIONNAGE

L'ordonnance du 4 février 1960 substitua aux anciens articles 75 à 108 du Code pénal, les nouveaux articles 75 à 103 formant toujours le premier chapitre du Code consacré aux *« crimes et délits contre la sûreté de l'État »*.

Pris dans son ensemble, ce texte constituait une importante évolution du droit pénal français dans la mesure où il faisait disparaître pour la première fois la distinction traditionnelle, depuis 1789, entre *« sécurité extérieure de l'État »* et *« sécurité intérieure de l'État »*. Tirant la leçon des conflits survenus depuis 1939 et du développement de la guerre froide, le législateur français unifiait les infractions et les peines entre le temps de paix et le temps de guerre, et ce y compris en ce qui concerne les différentes atteintes au secret de la défense nationale.

Mais les innovations les plus importantes de l'ordonnance de 1960 ne résidaient pas dans l'abolition de la distinction entre sûreté extérieure et sûreté intérieure. Elles ne concernaient pas non plus l'architecture des infractions, qui demeurait proche de celle fixée en 1939 ; on retrouvait dans l'ordonnance de 1960 des articles définissant le crime de trahison commis par un Français (articles 70 et 71 du code pénal de 1960) qui reprenaient l'essentiel des anciens articles 75 et 76 de 1939 et le nouvel article 73 qualifiait d'espionnage la plupart des mêmes agissements lorsqu'ils étaient commis par un étranger (ce qui correspondait à l'ancien article 77 du code de 1939). Enfin, l'essentiel des anciennes atteintes à la sûreté extérieure de l'État visées aux articles 80 et 81 du code pénal de 1939, se trouvait repris – avec quelques nuances (cf. infra) – dans les articles 75 à 77 et 79 du code de 1960 réprimant les *« autres atteintes à la défense nationale »*.

---

[37] Roger Pinto, *La liberté d'opinion et d'information*, Domat Monchrestien, 1955, pp. 116-117.

[38] En raison de l'utilisation de la procédure de l'ordonnance prévue à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement fut dispensé d'organiser un débat parlementaire sur le sujet et put promulguer ce texte sans l'accompagner d'aucun rapport ou circulaire explicative, ce qui a maintenu une certaine confidentialité sur le dispositif de protection du secret (cf. Alain Dewerpe, *Espion - Une anthropologie historique du secret d'État contemporain*, Gallimard, 1994, p. 136).

Les deux innovations de la réforme de 1960 résidaient, d'une part, dans la suppression de toute définition du secret de la défense nationale et, d'autre part, dans la définition de nouvelles infractions rattachées à la catégorie des *« autres atteintes à la défense nationale »* (dans lesquelles certains commentateurs verront des *« secrets par extension »*) et qui s'efforçaient notamment de réprimer les nouvelles formes d'espionnage ouvert.

L'abandon de toute définition du secret de défense

Apparemment convaincus par les critiques qui avaient accueilli la tentative de définition du secret de défense par l'article 78 du code pénal de 1939, les rédacteurs de l'ordonnance de 1960 choisirent, purement et simplement, de ne pas donner de successeur à cet article. Tout au plus l'article 72.1° qui caractérise le crime de livraison à une puissance étrangère d'un secret de défense, qualifie-t-il ce dernier, d'une manière volontairement très imprécise, comme :

> *« Un renseignement, objet, document ou procédé qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale. »*

Cette définition réduite au strict minimum équivalait, en réalité, à une absence de définition. De nombreux auteurs ont voulu y voir simplement la reconnaissance explicite de l'existence d'un secret de défense *« par nature »*, déjà évoqué au premier alinéa de l'ancien article 78 [39]. Mais il était sans doute plus juste d'y voir, comme certains commentateurs l'ont proposé, un *« secret par objectif »* [40].

En effet, ce secret de défense n'était plus défini en fonction de sa nature, contrairement au texte précédent qui, dans son alinéa 1°, faisait limitativement référence à des renseignements *« d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel »*.

De même, la nouvelle énumération des supports physiques du secret (*« renseignement, objet, document ou procédé »*) était beaucoup moins détaillée que la précédente et écartait la plupart des termes qui pouvaient – au-delà de l'indication physique – renseigner sur la nature intrinsèque du secret (notamment *« dessins, plans, cartes, levés, photographies »*).

À partir de 1960, tout renseignement de quelque nature et sous quelque forme que ce soit pouvait donc, en principe, constituer un secret de défense pour peu que cela fut considéré comme nécessaire au titre de la défense nationale. C'était ainsi la finalité de défense qui devenait le seul critère du secret [41], cette finalité de défense pouvant elle-même prendre différentes formes puisque l'ordonnance du 7 janvier 1959 venait de donner à la défense nationale un objet très large :

---

[39] Dans ce sens, cf. notamment, André Vitu, « Réforme des dispositions législatives concernant la sûreté de l'État », *JCP*, 1960, n° 1578; Henri Debrun, « Le secret de défense », in Jacques Robert (sous la dir.), *L'esprit de défense*, Economica, 1987, p. 441.

[40] M. Bicail, *op. cit.*, p. 4. Voir aussi dans le même sens, P. Péan, *op. cit.*, p. 20.

[41] Cette notion n'était cependant pas une nouveauté radicale. Le rapporteur de la loi de 1886 devant le Conseil d'État avait, ainsi, déclaré : *« Pour qu'un document soit réputé secret, il n'est pas nécessaire qu'il porte en tête la mention : confidentiel; la nature même de son contenu fera connaître s'il doit être réputé non communicable, et l'on peut dire, d'une manière générale, que l'on doit garder secret tout document que l'étranger peut avoir intérêt à connaître »* (cité par R. Mennevée, *op. cit.*, p. 289).

« Assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population. Elle pourvoit de même au respect des alliances, traités et accords internationaux. » [42]

Notons pour atténuer, malgré tout, le caractère surprenant de ce revirement qu'en renonçant ainsi à la définition matérielle du secret de défense, le Code pénal de 1960 se rapprochait de la situation qui prévalait déjà dans de nombreuses législations étrangères.

L'enquête réalisée en 1955 pour la préparation du colloque de Strasbourg précité indiquait qu'à l'époque, parmi les neufs pays européens étudiés (Allemagne, Belgique, France, Islande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Suisse et Yougoslavie), six d'entre eux (à savoir la Belgique, l'Islande, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Suisse et la Yougoslavie) *« ne paraissent pas connaître de définition légale précise du secret de la défense nationale »* [43]. Et se livrant en 1960 à une comparaison similaire, deux auteurs pouvaient affirmer, à leur tour :

« Cette rapide revue des législations nationales permet de constater que la notion traditionnelle du secret d'État est largement périmée. En définitive, la tendance générale est que l'État moderne détermine d'une manière discrétionnaire les matières soumises au secret. Rien n'est plus significatif que cette formule du Code pénal néerlandais (article 98) : sont secrets "... les renseignements dont l'intérêt de l'État exige le secret". » [44]

Plus encore, les deux principaux partenaires occidentaux de la France (notamment en matière de contre-espionnage), les États-Unis et la Grande-Bretagne affichaient eux aussi une réticence certaine à définir le contenu de leurs secrets de défense.

C'est donc encouragée par ces exemples extérieurs qui semblaient indiquer la voie d'une certaine modernité en matière de contre-espionnage et de protection du secret, que l'ordonnance de 1960 choisit de conserver la notion de secret de défense comme support essentiel du contre-espionnage, mais de ne plus définir ce secret, laissant ainsi toute liberté à l'État et à ses administrations pour en déterminer concrètement le contenu, avec tous les risques d'arbitraire que cela peut comporter.

La protection des secrets par extension et la répression des nouvelles formes d'espionnage

L'autre innovation du texte de 1960 fut de regrouper dans une seconde section intitulée *« Des autres atteintes à la défense nationale »* différents articles établissant ce que l'on a appelé des *« secrets par extension »*. Clairement distingués du secret de défense *stricto sensu*, ces quasi-secrets donnaient lieu à des infractions moins sévèrement sanctionnées : *« Mus par un souci de logique et de justice, les rédacteurs de*

---

[42] Article premier de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense.

[43] J. Leauté, *op. cit.*, p. 10.

[44] Gérard Cohen-Jonathan et Robert Kovar, « L'espionnage en temps de paix », *AFDI*, 1960, p. 242.

l'ordonnance du 4 juin 1960 ont considéré, avec raison, que la divulgation de telles informations n'était pas susceptible de conséquences aussi graves pour la sécurité de l'État que celle des secrets par nature et en ont tiré les conclusions en matière de qualification de l'infraction et des peines applicables »[45]. Et le Professeur Vitu fit remarquer dans son commentaire qu'à l'exception de l'article 74 (cf. infra), les infractions concernant les secrets par extension ne requéraient pas l'intention délibérée d'espionnage qui était nécessaire pour la constitution des infractions d'espionnage ou de trahison prévues aux articles 72 et 73[46].

Comme nous l'avons déjà relevé, la plupart de ces secrets par extension consacrés par la réforme, n'étaient que la reprise, avec quelques adaptations, de dispositions déjà introduites dans le texte de 1939 mais mal distinguées jusqu'alors du secret de défense *stricto sensu* :

– l'article 79.6° nouveau protégeait le secret *« des renseignements relatifs soit aux mesures prises pour découvrir et arrêter les auteurs et les complices de crimes ou délits définis aux sections I et II du présent chapitre, soit à la marche des poursuites et de l'instruction, soit aux débats devant les juridictions de jugement »*, ce qui correspond à l'alinéa 4° de l'ancien article 78 (à ceci près que la divulgation de ces renseignements ne constituait plus le crime de trahison ou d'espionnage, mais relevait d'une incrimination criminelle spécifique) ; tandis que la divulgation d'informations militaires non rendues publiques ne constituait plus qu'un délit puni par le nouvel article 78 ;

– l'article 77 nouveau protégeait le secret des *« inventions intéressant la défense nationale »* vis-à-vis de personnes *« agissant pour le compte d'une puissance ou d'une entreprise étrangère »*, reprenant ainsi mot pour mot l'alinéa 3° de l'ancien article 81 ;

– l'article 78 nouveau protégeait, pour sa part, *« une information militaire, non rendue publique par l'autorité compétente et dont la divulgation est manifestement de nature à nuire à la défense nationale »*, ce qui constituait une reprise avec des modifications de l'alinéa 3° de l'ancien article 78. Si la transformation de cette infraction en un délit représentait incontestablement une atténuation de la disposition antérieure, le fait qu'il fallait désormais démontrer le caractère manifestement nuisible de la divulgation a pu être diversement apprécié : juridiquement, cela rend moins automatique l'application de la sanction, mais en se plaçant d'un point de vue plus philosophique ou politique, l'historien Alain Dewerpe a voulu, au contraire, y voir une *« opacité ultime »* et un risque croissant d'arbitraire puisque *« le secret n'est plus lié à une définition légale préalable (une loi ou un décret en interdisant la publication) mais au caractère nocif de la publicité : il sera fonction, non plus de la nature de l'information, mais des effets de sa révélation. Ignorant où commence le secret, donc où commence le crime, le justiciable, comme le juge, devront attendre la fin du procès pour être éclairés : ce n'est qu'après coup que le crime sera constitué. »*[47]

---

[45] Michel Sénéchal, *Droits politiques et libertés d'expression des officiers des forces armées*, LGDJ, 1964, p. 134.

[46] A. Vitu, *op. cit.*, n° 1578.

[47] A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 54.

Mais l'ordonnance de 1960 ajouta à cette catégorie des secrets par extension, plusieurs notions importantes pour permettre une protection « périphérique » du secret de défense :

– tout d'abord, les articles 75 et 76 nouveaux qui réprimaient la compromission ou la destruction sans intention criminelle d'un secret de défense, accordèrent la même protection aux *« renseignements, objets document ou procédé... dont la connaissance pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale »*. Cette idée de protéger, non seulement le secret lui-même mais aussi des informations qui peuvent conduire à lui, figurait déjà dans l'ancien article 78.2°. Mais depuis 1939 n'étaient protégées par cet article que celles de ces informations qui *« ne doivent être connues que des personnes qualifiées pour les manier ou les détenir et doivent être tenues secrètes à l'égard de toute autre personne »* (c'est-à-dire que celles que les autorités gouvernementales ont souhaité voir faire l'objet de mesures de protection spécifiques). À l'inverse, le texte de 1960 permettait – au moins en théorie – de sanctionner *a posteriori* la diffusion d'une information « ouverte » n'ayant fait l'objet d'aucune mesure de protection préalable dès lors que l'on pourrait prouver qu'elle permettait de conduire à la découverte d'un secret. Le risque d'arbitraire n'était donc pas nul à ce niveau;

– allant plus loin encore (y compris dans les risques d'abus), l'article 74 nouveau punissait *« tout Français ou tout étranger qui, dans l'intention de les livrer à une puissance étrangère, rassemblera des renseignements, objets, documents ou procédés dont la réunion ou l'exploitation sont de nature à nuire à la défense nationale »*. Ce faisant, cet article incriminait pour la première fois directement l'espionnage ouvert (cf. supra), c'est-à-dire le recueil par des voies apparemment licites d'informations non secrètes mais dans un but final illicite. Là encore, une telle disposition – dont on comprend l'intérêt opérationnel pour poursuivre des officines d'espionnage travaillant sous une couverture purement légale – pouvait déboucher sur des poursuites abusives à l'encontre de personnes se contentant de collecter des informations ouvertes, au seul motif que cette collecte pouvait affecter indirectement la défense nationale;

– enfin, bien que n'évoquant aucunement la question de la protection du secret, l'alinéa 3° de l'article 80 nouveau permettait d'incriminer le fait d'entretenir *« avec les agents d'une puissance étrangère des intelligences de nature à nuire à la situation militaire ou diplomatique de la France ou à ses intérêts économiques essentiels »*, ce qui permettait, là encore (et plus facilement que dans le cas de l'article 74, comme l'a prouvé la pratique) de sanctionner un acte d'espionnage caractérisé physiquement et intentionnellement alors même que les renseignements transmis n'avaient pas un caractère suffisamment secrets pour permettre l'application de l'article 72 (cf. infra).

Grâce à ces niveaux de *« secrets par extension »*, l'ordonnance de 1960 établissait une protection périphérique complémentaire du secret de défense *stricto sensu* : soit la nature « quasi-secrète » du renseignement compromis permettait de constituer l'infraction, même en l'absence d'intention malveillante ; soit c'était – à l'inverse – le *« but d'espionnage »* qui justifiait la sanction même en l'absence d'une réelle sensibilité de l'information recueillie ou divulguée.

Ainsi donc, la réforme de 1960 confirmait l'orientation prise à partir de 1939 qui consistait à centrer tout le dispositif de répression de l'espionnage sur la protection du secret de défense et de ses secrets périphériques. Mais plus encore, par la suppression de tout critère légal de définition de ce secret, elle donnait indirectement à l'État une compétence discrétionnaire sur son contenu et sur son utilisation.

Ce pouvoir discrétionnaire donné à l'autorité administrative (en pleine guerre d'Algérie) s'accordait d'ailleurs bien avec la philosophie constitutionnelle et juridique de la nouvelle V^e^ République, laquelle limita le champ de la compétence parlementaire et développa les possibilités d'intervention du pouvoir réglementaire et de l'administration. Mais, outre les risques de dérives qu'un tel système risquait d'engendrer, cette nouvelle souveraineté administrative obligeait l'État à se fixer des règles internes pour gérer les mécanismes de protection du secret. C'est pourquoi il est logique que la réforme de 1960 ait été suivie de différentes dispositions réglementaires ou pararéglementaires qui culminèrent (tardivement) avec le décret du 12 mai 1981.

La mise en place d'une organisation administrative du secret, ultérieurement consacrée par le décret de 1981

Une organisation administrative de la protection du secret existait déjà depuis 1939 et plusieurs instructions administratives internes avaient fixé dans l'entre-deux-guerres et à la veille du second conflit mondial les règles concrètes permettant de protéger les informations secrètes. Mais, dès lors que désormais la qualification de secret de défense ne pouvait plus faire appel à aucun critère objectif, il était normal que ces règles administratives soient renforcées et fassent l'objet d'un encadrement juridique plus strict.

Dans la foulée de l'adoption de l'ordonnance du 7 janvier 1959 sur la défense dont l'article 9 confie au Premier ministre la charge d'assurer *« la coordination de l'activité en matière de défense de l'ensemble des départements ministériels »*, un décret non publié du 11 mars 1963 « portant organisation de la Sécurité de défense » confia au nouveau Secrétaire général de la Défense nationale (SGDN)[48] la mission d'*« étudier, de prescrire et de coordonner sur le plan interministériel la protection des secrets intéressant la Défense nationale »* et créa, pour ce faire, au sein du SGDN un « Service de sécurité de défense » (SSD).

L'une des premières tâches de ce service fut de rédiger une instruction générale n° 1300 sur la protection du secret de défense nationale, qui fut adoptée le 27 juillet 1966 et abrogea une instruction interministérielle antérieure du 19 mai 1952. En application de cette instruction générale, plusieurs instructions spécifiques furent également adoptées, dont en particulier l'instruction n° 2000 en date du 14 décembre 1966 relative à la protection du secret dans les marchés intéressant la défense nationale.

Mais ces différentes instructions demeuraient des documents internes à l'administration et n'étaient pas publiées (et demeuraient, au contraire,

[48] Le SGDN avait été lui-même recréé et réorganisé par un décret du 18 juillet 1962.

soumises à « diffusion restreinte »). Dès lors, la compétence des autorités administratives pour classifier un document ou une information et pour lui appliquer de ce fait les mesures de sécurité correspondante restait purement coutumière et ne reposait sur aucun fondement juridique solide. Il fallut attendre plus d'une dizaine d'années encore avant que cette situation ne soit normalisée et qu'un texte réglementaire publié ne vienne consacrer rétroactivement cette compétence et compléter ainsi le dispositif juridique de contre-espionnage.

Le décret du 12 mai 1981 fut publié, en effet, après que le Ministère de la Justice, saisi en 1978 par le Ministère de la défense d'une demande de dérogation à la loi du 19 juillet 1976 relative aux établissements classés, eut fait valoir que les mesures de protection invoquées n'étaient pas suffisamment fondées juridiquement pour s'opposer à l'application de la loi. Un rapport du contrôle général des Armées intervenu peu après et consacré à l'adaptation des règles de protection du secret aux *« nouveaux droits des citoyens »* (cf. infra, Chapitre 9) préconisa sur ce point de renforcer les instructions interministérielles existantes par un décret, si ce n'est par une loi.

Tel qu'il fut rédigé, le décret du 12 mai 1981 consacrait donc – pour l'essentiel – une pratique antérieure et montrait bien en quoi cette pratique donnait déjà à l'administration compétence pour influer largement sur la qualification des secrets de défense.

Son article 2 précisait clairement que *« les renseignements, objets, documents, procédés intéressant la défense nationale et la sûreté de l'État qui doivent être tenus secrets font l'objet d'une classification comprenant trois niveaux de protection : Très secret-défense, Secret-défense et Confidentiel-défense »*. Cette rédaction, et notamment l'emploi de la formule *« font l'objet »*, était très impérative. Elle créait donc une relation très rigide entre la classification et le fait pour une information de devoir être tenue secrète, c'est-à-dire de devenir un secret de défense nationale au sens du Code pénal : d'après ce texte, toute information devant être considérée pénalement comme secret de défense nationale devait faire l'objet d'une classification, ce qui impliquait, *a contrario*, que, sauf appréciation contraire du juge, toute information classifiée devait être présumée secret de défense nationale (tel était bien, notamment, l'interprétation qu'en donna le magistrat en charge des questions juridiques au sein du service de sécurité de défense [49]).

Dans le même sens, on peut remarquer que les articles 4, 5 et 6 de ce décret définissaient l'affectation des trois catégories de classification dans des termes qui visaient à permettre la distinction immédiate entre les secrets *stricto sensu* (dont la violation pouvait être constitutive d'espionnage ou de trahison, au sens des articles 72 et 73 du code pénal de 1960) et des secrets par extension (dont la violation n'était qu'une des *« autres atteintes à la défense nationale »*) :

– les mentions *Très secret-défense* (article 4) et *Secret-défense* (article 5, 1er alinéa) étaient réservées *« aux informations dont la divulgation est de*

---

[49] *« Au cours du débat judiciaire né d'une éventuelle divulgation, la classification permet de présumer la qualité de l'information, même si le tribunal demeure libre de peser et mesurer le*

nature à nuire à la défense nationale et à la sûreté de l'État » (pour le *Très secret-défense*, il fallait, de plus, que ces informations *« concernent les priorités gouvernementales en matière de défense »*, ce qui n'était pas, en revanche, une catégorie pénale) ;

– la mention *Confidentiel-défense* était réservée *« aux informations qui ne présentent pas en elles-mêmes un caractère secret mais dont la connaissance, la réunion ou l'exploitation peuvent conduire à la divulgation d'un secret intéressant la défense nationale ou la sûreté de l'État »* (article 5, alinéa 2), ce qui correspondait précisément aux termes de la définition des *« secrets par extension »* évoqués dans les anciens articles 75 et 76 (cf. supra).

Enfin en décrétant que *« nul n'est qualifié pour connaître des informations protégées s'il n'a pas reçu une autorisation préalable et s'il n'a pas été reconnu comme ayant besoin d'en connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission »*, l'article 7 du décret fournissait, en réalité, au juge pénal la définition implicite *a contrario* de la notion de *« personne non qualifiée »* visée par les anciens articles 75, 76, 78 et 79 du Code pénal.

Avec l'adoption de ce décret du 12 mai 1981, le dispositif juridique français de lutte contre l'espionnage était allé au bout de sa logique et de son évolution. Après avoir défini le contenu des différentes infractions pouvant être commises par des agents de l'étranger, il était apparu utile d'institutionnaliser le secret de défense afin d'en faire le critère majeur des principaux actes d'espionnage et de trahison. Mais la définition précise de ce secret s'étant avérée difficile à formuler, la V^{e} République naissante préférait s'en remettre à une définition vague qui laissait à l'administration une large latitude pour déterminer elle-même, par l'usage des mesures de classification, les secrets méritant d'être matériellement et juridiquement protégés. Le décret de 1981 n'était donc que l'officialisation de cette prérogative gouvernementale majeure, dont les résultats s'imposèrent d'autant plus, dans les faits, aux juridictions pénales que – comme nous le verrons plus tard – celles-ci se virent refuser l'accès au contenu des secrets protégés et ne purent donc pas en apprécier la validité.

---

secret, et juger enfin s'il est digne du luxe de précaution qui l'entoure. » (Robert Blaser, « Le secret de défense », *Défense nationale*, mars 1990, p. 82).